

O NEGÓCIO JURÍDICO NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

José Carlos Moreira Alves *

SUMÁRIO: 1. O negócio jurídico e os demais atos jurídicos lícitos. 2. A estrutura da disciplina do negócio jurídico. 3. Alterações nas disposições gerais. 4. A representação. 5. Inovações nos preceitos sobre condição, termo e encargo. 6. Os defeitos do negócio jurídico. 7. A invalidade do negócio jurídico.

1. O negócio jurídico e os demais atos jurídicos lícitos — É na disciplina dos negócios jurídicos que o novo Código Civil Brasileiro, no tocante à sua Parte Geral, apresenta maiores alterações em face do Código Civil de 1916.

Ao redigir o projeto deste, no final do século XIX, não contava CLÓVIS BEVILÁQUA com os subsídios que, alguns anos mais tarde, viria a ministrar a doutrina germânica para a distinção, em categorias, dos atos jurídicos lícitos. Em 1899, a diferença entre negócio jurídico e ato jurídico em sentido estrito ainda se apresentava, até na obra dos mais eminentes romanistas e civilistas alemães, de maneira pouco precisa. REGELSBERGER, que nessa época se destaca no particular, não vai além destas palavras:

“Sie scheiden sich wieder in zwei Arten, je nachdem die Rechtsfolge positiv angestrebt ist oder eintritt, auch wenn sie ausserhalb der Absicht des Handelnden lag. Die Handlungen der ersten Art sind die Rechtsgeschäfte. Für die andern fehlt eine anerkannte Bezeichnung. Man kann sie rechtsgeschäfts ähnliche Handlungen nennen” (Eles dividem-se, de novo, em duas espécies, conforme se aspira positivamente ao efeito jurídico, ou este ocorre ainda fora da

* *Professor titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Ministro do Supremo Tribunal Federal.*

vontade do agente. Os atos da primeira espécie são os negócios jurídicos. Para outros falta uma denominação reconhecida. Pode-se dar-lhes o nome de *atos semelhantes a negócios jurídicos*¹).

Não havia, ainda, estudo mais aprofundado dessas espécies de atos jurídicos lícitos. Faltava maior precisão à linha divisória entre essas duas figuras; suas conseqüências careciam de exame.

Outro é o panorama nos dias que correm. Graças aos esforços, inicialmente de MANIGK² e de KLEIN³, e, depois, dos mais autorizados juristas que se ocuparam com esse problema, poucos são os que, atualmente, negam a distinção conceitual dessas duas espécies de atos jurídicos lícitos⁴. É certo que ainda não está escoimada de imprecisões e de incertezas a construção doutrinária da categoria que REGELSDERGER denominava *atos semelhantes a negócios jurídicos*⁵, e que, hoje, geralmente é designada pela expressão *atos jurídicos em sentido estrito*. Atos há que, para alguns, são negócios jurídicos, e, para outros, atos jurídicos em sentido estrito. Ainda é casuística a aplicação, ou não, a esta categoria, das normas que disciplinam aquela. Apesar desses percalços, não se pode negar que atos jurídicos há a que os preceitos que regulam a vontade negocial não tem inteira aplicação.

Atento a essa circunstância, o novo Código Civil brasileiro, no Livro III de sua Parte Geral, substituiu a expressão genérica *ato jurídico*, que se encontra no Código de 1916, pela designação específica *negócio jurídico*, pois é a este, e não necessariamente àquele, que se aplicam todos os preceitos ali constantes. E, no tocante aos

-
- 1 Pandekten, erster Band, § 129, p. 475.
 - 2 Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, Breslau, 1901; Willenserklärung und Willensgeschäft, Berlin, 1907; e Das rechtswirksame Verhalten, Berlin, 1939.
 - 3 Die Rechtshandlungen im engeren Sinne, München, 1912.
 - 4 A propósito do desenvolvimento desses estudos, vide Soriano Neto, A construção científica alemã sobre os atos jurídicos em sentido estrito e a natureza jurídica do reconhecimento da filiação ilegítima, separata, Recife, 1957; Mirabelli, L'atto non negoziale nel diritto privato italiano, Napoli, 1955; Panuccio, Le dichiarazioni non negoziali di volontà, Milano, 1966; Castro y Bravo, El negocio jurídico, p. 21-50, Madrid, 1967; Flume, Das Rechtsgeschäft, § 9º, p. 104 e seguintes.
 - 5 Ob. cit., § 129, p. 475. Igualmente, Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen rechts, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, erster Band, zweiter Halbband, § 137, IV, 2, a, 14ª ed., Tübingen, 1955.

atos jurídicos lícitos que não negócios jurídicos, abriu-lhes um título, com um artigo único, em que se determina que se lhes apliquem, no que couber, as disposições disciplinadoras do negócio jurídico. Seguiu-se, nesse terreno, a orientação adotada, a propósito, no artigo 295 do Código Civil português de 1967.

Assim, deu-se tratamento legal ao que já se fazia, anteriormente, com base na distinção doutrinária que corresponde à natureza das coisas.

Ambas as normas — a do artigo 295 do Código Civil português de 1967 e a do artigo 185 do novo Código Civil brasileiro — esgotam a disciplina das ações humanas que, por força do direito objetivo, produzem efeitos jurídicos em consideração à vontade do agente, e não simplesmente pelo fato objetivo dessa atuação. Quando ocorre esta última hipótese, já não há falar em ato jurídico, mas sim — e é dessa forma que o considera o direito — em fato jurídico em sentido estrito (são os atos-fatos jurídicos da doutrina germânica)⁶

2. A estrutura da disciplina do negócio jurídico — Ao ordenar as normas concernentes ao negócio jurídico, o Código novo afastou-se do sistema adotado no Código de 1916, como se vê do quadro comparativo seguinte:

6 Expressão divulgada no Brasil especialmente por Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, tomo II, 3ª ed., § 209, 1, p. 372, Rio de Janeiro, 1970. Outras denominações são, também, utilizadas pelos autores. Assim, Enneccerus-Nipperdey, ob. cit., § 137, IV, 2, b, p. 579 — que consideram pleonástica a expressão atos-fatos (Tathandlungen), ibidem, nota 25 — preferem a denominação Realakte (Pontes de Miranda, porém, ob. cit., § 21, 1, p. 373/4, considera os atos reais — também denominados atos naturais ou atos meramente externos — como espécie do gênero atos-fatos jurídicos). A designação atos meramente externos (rein äussere Handlungen), para indicar os atos-fatos jurídicos, se encontra em Manigk (cfe. Enneccerus-Nipperdey, ob. cit., § 137, IV, 2, p. 579, nota 25). Meros atos jurídicos é como os denomina Cariota Ferrara (El negocio jurídico, trad. Albaladejo, p. 3 1, Madrid, 1956).

Código Civil de 1916	O novo Código Civil
Cap. I — Disposições gerais	Cap. I — Disposições gerais
Cap. II — Dos defeitos dos atos jurídicos	Cap. II — Da representação
Cap. III — Das modalidades dos atos jurídicos	Cap. III — Da condição, do termo e do encargo
Cap. IV — Da forma dos atos jurídicos e da sua prova	Cap. IV — Dos defeitos do negócio jurídico
Cap. V — Das nulidades	Cap. V — Da invalidade do negócio jurídico

Do confronto, verifica-se que, embora conservando o mesmo número de capítulos — cinco —, o novo Código não só modificou a ordem de colocação, mas também retirou um que está no Código de 1916 (“Da forma dos atos jurídicos e da sua prova”), acrescentando, em contrapartida, outro que neste não se acha (“Da representação”).

Exclusão e inclusão explicam-se facilmente.

Retirou-se o capítulo “Da forma dos atos jurídicos e da sua prova”, porque se entendeu que a maior parte do seu conteúdo, que é referente à prova, diz respeito, em rigor, aos fatos jurídicos em sentido amplo, e não apenas aos negócios jurídicos. Daí a razão por que, no novo Código, o Título V do Livro III da Parte Geral — que se intitula “Dos fatos jurídicos” — é dedicado todo à prova. Quanto às normas concernentes à forma do negócio jurídico, e cuja *sedes materiae* no Código de 1916 se encontra também no capítulo ora excluído, foram elas colocadas, no novo, nas “Disposições gerais”, onde se estabelecem os preceitos gerais sobre os requisitos de validade do negócio jurídico, um dos quais é *a forma prescrita ou não defesa em lei*.

Incluíram-se, por outro lado, em capítulo próprio, na Parte Geral do novo Código, regras genéricas sobre representação legal e voluntária, suprimindo-se, dessa forma, omissão do Código de 1916.

Na ordem de matérias observada, no tocante ao negócio jurídico, pelo novo Código, prevaleceu, afinal, no seio da Comissão Elaboradora de seu Anteprojeto, o sistema originariamente proposto no Projeto parcial relativo à Parte Geral: não se segue a tricotomia *existência-validade-eficácia* do negócio jurídico, posta em particular relevo, no Brasil, por PONTES DE MIRANDA, no seu

Tratado de Direito Privado. À objeção de que a sistemática que veio a preponderar seria antiquada, antepôs-se-lhe a demonstração de que a observância daquela tricotomia, que para efeito de codificação se reduziria à dicotomia *validade-eficácia*, conduziria a discrepâncias desta ordem: a) no capítulo “Da validade dos negócios jurídicos”, tratar-se-ia apenas dos casos de *invalidade* do negócio jurídico (nulidade e anulabilidade); b) no capítulo “Da eficácia dos negócios jurídicos”, não se abrangeriam todos os aspectos da eficácia, mas apenas uma parcela deles (os impropriamente denominados *elementos acidentais* do negócio jurídico). Ademais, a disciplina da condição e do termo antes das normas sobre a nulidade e a anulabilidade — como se encontra no Projeto — tem largo apoio doutrinário, especialmente entre os autores alemães da segunda metade do século XIX e do século XX como, a título exemplificativo, REGELSBERGER⁷, WENDT⁸, WAECHTER⁹, ARNDTS¹⁰, ENNECCERUS-NIPPERDEY¹¹, LANGE¹². A colocação de matérias seguida, no particular, pelo novo Código justifica-se se se atentar para a circunstância de que, depois de se estabelecerem os requisitos de validade do negócio jurídico, trata-se de dois aspectos ligados à manifestação de vontade: a interpretação do negócio jurídico e a representação. Em seguida, disciplinam-se a condição, o termo e o encargo, que são autolimitações da vontade (isto é, uma vez apostos à manifestação de vontade, tornam-se inseparáveis dela). Finalmente, a parte patológica do negócio jurídico: defeitos e invalidade.

3. Alterações nas disposições gerais — Ao contrário do que ocorre no Código de 1916, com relação ao ato jurídico, o novo não

7 *Ob. cit.*, §§ 151 a 158 (p. 556 a 580) e §§ 174 a 176 (p. 631 a 641).

8 *Lehrbuch der Pandekten*, Jena, 1888, §§ 50 a 58 (p. 128 a 155) e §§ 59 a 61 (p. 158 a 170).

9 *Pandekten*, I (Allgemeiner Theil), Leipzig, 1880, §§ 75 a 80 (p. 364 a 403) e § 84 (p. 420 a 440).

10 *Lehrbuch der Pandekten*, 14ª ed., Stuttgart, 1889, §§ 66 a 74 (p. 94 a 118) e § 79 (p. 130 a 132).

11 *Ob. cit.*, §§ 193 a 210 (p. 837 a 861) e §§ 202 a 204 (p. 861 a 893).

12 *BGB Allgemeiner Teil*, 9ª ed., München und Berlin, 1967, §§ 45 a 48 (p. 283 a 302 e p. 304 a 314).

definiu o negócio jurídico, atento à diretriz de se retirarem de seu bojo princípios de caráter meramente doutrinário¹³.

Em contrapartida, não têm símile, no Código de 1916, os artigos 106, 110, 111 e 113 do novo.

O artigo 106 — que deriva do Projeto de Código de Obrigações de 1965¹⁴ — contempla a hipótese de impossibilidade do objeto do negócio jurídico quando da sua celebração, e estabelece que esta, se relativa, não invalida o negócio jurídico, o mesmo sucedendo se, ainda quando absoluta, cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado.

Da reserva mental trata o artigo 110¹⁵, que a tem por irrelevante, salvo se conhecida do destinatário, caso em que se configura hipótese de ausência de vontade, e, conseqüentemente, de inexistência do negócio jurídico.

O artigo 111 preceitua quando o silêncio importa anuência, o que se verifica toda a vez em que as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa. No Brasil, a fonte remota desse dispositivo acha-se no artigo 2º do Projeto de Código das Obrigações de 1941, e a próxima no artigo 2º, segunda parte, do Projeto de Código das Obrigações de 1965¹⁶.

Em ambas essas tentativas anteriores de reforma do Código de 1916 — artigos 66 e 23, respectivamente — já se acha a norma que, no novo, consagra-se no seu artigo 113, e que diz respeito à interpretação: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Boa-fé, nesse dispositivo, não é a boa-fé subjetiva, mas, sim, a boa-fé objetiva, que se situa no terreno das relações obrigacionais e do

13 Por isso mesmo, as disposições preliminares do Livro III (Dos fatos jurídicos) da Parte Geral do Código Civil de 1916 — artigos 74 a 80 — não foram reproduzidas no novo.

14 Artigo 6º, que reza: “A impossibilidade do objeto não invalida a declaração se relativa, ou quando cessar antes de realizada a condição a que esteja subordinada”.

15 Obrigações, de 1941, cujo teor é o seguinte:

16 Seus textos são, respectivamente: “Artigo 2º — O silêncio importa anuência, quando, segundo os costumes ou as circunstâncias do caso, como tal deva ser interpretado”; e

negócio jurídico em geral, e se caracteriza como regra de reta conduta do homem de bem no entendimento de uma sociedade em certo momento histórico, não se fundando, pois, na vontade das partes, mas se ligando ao dever de cooperação que nessas relações se exige. É, portanto, algo exterior ao sujeito, e que, no concernente à interpretação, relaciona-se com a hermenêutica integradora, possibilitando que o conteúdo do negócio jurídico seja integrado por deveres que não decorrem da declaração de vontade, mas que se caracterizam como secundários, anexos ou instrumentais, como, por exemplo, o dever do vendedor de tudo fazer para que a coisa vendida a ser entregue ao comprador chegue íntegra a este.

A par dessas inovações, em dois dos seus dispositivos — os de n. 105 e 112 — corrigem-se preceitos semelhantes que se encontram nos artigos 83 e 85 do Código de 1916, e que, de longa data, eram objeto de crítica. Com efeito, como acentua EDUARDO ESPÍNOLA¹⁷, esse artigo 83, em sua segunda parte, não tem sentido, por não haver reproduzido com exatidão, o artigo 700 do Código Civil português de 1867, sua fonte remota. Daí a alteração introduzida pelo novo Código, que, no artigo 105, reza: “A incapacidade relativa de uma das partes não pode ser invocada pela outra em benefício próprio, nem aproveita aos co-interessados capazes, salvo se, neste caso, for indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum”. Por outro lado, ao preceituar ele, no artigo 112, que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”, visou a deixar bem explícito que a regra determina que se atenda à intenção consubstanciada na declaração, e não ao pensamento íntimo do declarante, consoante observa EDUARDO ESPÍNOLA, ao interpretar o artigo 85 do Código de 1916:

“São precisamente o respeito à boa-fé e à confiança dos interessados, e a conseqüente responsabilidade do autor que, no caso de interpretação judicial do ato jurídico, mandam atender, em

17 Manual do Código Civil Brasileiro, Parte Geral, Dos fatos jurídicos, vol. III, parte primeira, 2ª ed., n. 43, p. 159-60, Rio de Janeiro, 1929.

regra, à intenção consubstanciada na declaração, ao invés de procurar o pensamento íntimo do declarante.

“Nesse sentido devemos compreender o artigo 85 do nosso Código Civil, exatamente como os intérpretes compreendem o artigo 133, do Código Civil alemão, ainda que este manda investigar a vontade real (...ist der wirkliche wille zu erforschen...), imprecisão de linguagem que aquele evitou”¹⁸.

4. A representação — O novo Código, suprimindo lacuna do de 1916, reservou, na Parte Geral, um capítulo para os preceitos gerais sobre a representação legal e a voluntária.

Seguindo a orientação do Código Civil de 1916, o novo disciplina essa matéria no capítulo concernente ao mandato, uma vez que, em nosso sistema jurídico, a representação é da essência desse contrato¹⁹. Por isso, preceitua o artigo 120: “Os requisitos e os efeitos da representação legal são os estabelecidos nas normas respectivas; os da representação voluntária, são os da Parte Especial deste Código”. O que é, aliás, reprodução do artigo 43 do Projeto de Código das Obrigações de 1965, que, nesse particular, afastou-se do Projeto de Código de Obrigações de 1941, onde a disciplina da representação voluntária se exauria na seção respectiva, integrante da Parte Geral²⁰.

Nesse capítulo do novo Código, destaca-se o artigo 117, que se refere ao *negócio consigo mesmo*, declarando-o anulável, salvo se o permitir a lei ou o representado. O tratamento agora dado ao autocontrato segue a mesma linha de orientação que foi trilhada pelo artigo 261 do atual Código Civil português, que, assim, supriu a lacuna do anterior, de 1867. Digno de menção, também, o disposto no seu artigo 119, *caput*, o qual reza: “É anulável o negócio concluído pelo representante em conflito de interes-

18 *Ob. Cit.*, n. 48, p. 178.

19 Dispõe o artigo 653:

20 Na exposição de motivos do Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941, firmada por Orosimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães, lê-se, a propósito: “O instituto da representação foi libertado da sua condição servil ao mandato, deixando-se à disciplina deste contrato apenas as relações entre as próprias partes contratantes. “A representação, seja qual for a sua origem, legal ou convencional, obedecerá a princípios uniformes, que devem resguardar a boa-fé de terceiros, obrigados a tratar com interposta pessoa”.

ses com o representado, se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem, com aquele tratou”.

5. Inovações nos preceitos sobre condição, termo e encargo — O Código Civil de 1916, sob o título “Das modalidades dos atos jurídicos”, trata da condição, do termo e do encargo (*modus*). Afastando-se do seu modelo, no tocante à Parte Geral, que foi o BGB. Este, aí, ocupa-se apenas da condição e do termo, por não reconhecer, certamente, caráter de generalidade ao *modus*, que somente pode ser apostado aos negócios gratuitos. Diversa, porém, era a sistemática observada pelos pandectistas germânicos, que estudavam o *modus* na Parte Geral. REGELSBERGER, analisando o conteúdo do negócio jurídico, examina o encargo (*modus*), e salienta, de início:

“Von den Nebenbestimmungen kommt die Auflage in Verbindung mit Rechtsgeschäften verschiedener Art vor und ist darum unter den allgemeinen Lehren zu erörtern” (Das determinações acessórias apresenta-se o modo em ligação com negócios jurídicos de vária espécie, e é, por isso, de se examinar entre as doutrinas gerais)²¹.

Nesse sentido orientou-se o novo Código, abandonando, porém, por impróprio, o título “Das modalidades do ato jurídico”.

No que diz respeito à condição, procurou ele aperfeiçoar o Código de 1916, corrigindo-lhe falhas e suprimindo-lhe lacunas. No artigo 121 (que corresponde em parte ao 117 do Código de 1916), a inclusão da frase “derivando exclusivamente da vontade das partes” serve para afastar do terreno das condições em sentido técnico as *condiciones iuris*. Substituiu-se a fórmula empregada pelo artigo 115 do Código de 1916 — “São lícitas, em geral, todas as condições, que a lei não veda expressamente” — por esta, mais exata: “São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes”. Ao tratar das condições que invalidam o negócio jurídico e das que se têm por inexistentes, o novo Código, nos artigos 123 e 124, corrige falhas de há muito observadas no Código de 1916, além de tornar expresso que as condições incompreensíveis ou contraditórias

21 Ob. Cit., § 166, p. 603.

são causas de invalidade do negócio a que foram apostas. Ao disciplinar a eficácia da condição resolutiva, no artigo 128, ele inova, com relação ao Código de 1916, ao estabelecer que, se ela for aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, “a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé”. Ademais, suprime-se, no novo Código, a referência que o parágrafo único do artigo 119 do Código de 1916 faz à condição resolutiva tácita, que não é condição em sentido técnico, pois esta só se configura se aposta ao negócio jurídico: ademais, a denominada condição resolutiva expressa — que é, propriamente, a condição resolutiva — opera, como qualquer outra condição em sentido técnico, *ipso iure*. Em seu artigo 130, o novo Código estendeu à condição resolutiva — o que se impunha para a proteção da parte que, enquanto pende essa condição, é titular de direito expectativo²² — a regra (limitada no Código de 1916 à hipótese de condição suspensiva)²³ de que ao titular de direito eventual é permitido exercer os atos destinados a conservá-lo.

No tocante ao termo, estabeleceu-se, no § 3º do artigo 132, o princípio de que os prazos de meses e anos expiram no dia de igual número de início, ou no imediato, se faltar exata correspondência. Seguiu-se, no particular, a orientação que já se encontrava no artigo 63, § 3º, do Projeto de Código das Obrigações de 1941, que se inspirara no Código das Obrigações da Suíça (artigo 77, 3).

Preenchendo lacuna do Código de 1916, o novo contém preceito (artigo 137) sobre o encargo ilícito ou impossível com o seguinte teor:

“Considera-se não escrito o encargo ilícito ou impossível, salvo se constituir o motivo determinante da liberalidade, caso em que se invalida o negócio jurídico”.

6. Os defeitos do negócio jurídico — Ao tratar dos defeitos do negócio jurídico, o novo Código apresenta várias inovações em

22 Como salienta Radke (Anwartschaften und Anwartschaftrechte des bürgerlichen Rechts, p. 7, Borna-Leipzig, 1913):

23 O artigo 121 do Código Civil brasileiro dispõe:

face do Código de 1916. Dois institutos — o estado de perigo e a lesão — que não se encontram neste, têm assento naquele. Demais, alterações se introduziram na disciplina do erro, do dolo, da coação, e da fraude contra credores. O tratamento da simulação foi inteiramente reformulado, sendo deslocado para o capítulo V (“Da invalidade do negócio jurídico”).

O estado de perigo, de que trata o artigo 156 do novo Código, era objeto do artigo 121 do Projeto de CLÓVIS BEVILÁQUA²⁴ — é certo que em termos algo diversos, e com solução diferente: o negócio jurídico presumia-se nulo por vício da vontade, enquanto não ratificado, depois de passado o perigo —, e foi suprimido pela Comissão Revisora, sem que saibam os motivos que a isso a conduziram²⁵. Em virtude dessa lacuna, que também ocorre em vários sistemas jurídicos, a doutrina, no Brasil, não é uníssona sobre a solução a ser dada a essa hipótese, seguindo as vacilações dos autores franceses e italianos. ESPÍNOLA²⁶ chega, até, a afirmar que o artigo 138 do BGB resolve, na Alemanha, esse caso, quando, em verdade, esse dispositivo se refere, propriamente, ao instituto da lesão²⁷, em que se não configura perigo de vida. Tratando-se de estado de perigo, o novo Código, no seu artigo 171, II, declara anulável o negócio jurídico, e, ao contrário do que sucede no direito italiano (artigo 1.447, 2ª parte), que determina que o juiz, ao rescindir o negócio, pode, segundo as circunstâncias, fixar compensação eqüitativa à outra parte pelo serviço prestado, não estabelece regra semelhante, o que implica dizer que o prestador do serviço só se ressarcirá se se configurar hipótese de enriquecimento sem causa.

No tocante à lesão, o novo Código brasileiro se afastou do sistema alemão e do italiano, e, portanto, do adotado pelo Código Civil português, que se orientou por ambos, já que observou a con-

24 Eis o teor do artigo 121 do Projeto de Clóvis Beviláqua:

25 Cfe. Espínola, ob. cit., vol. III, parte primeira, p.378.

26 Ob. cit., ibidem.

27 De feito, como salienta Riezler (Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band, Allgemeiner Teil, p. 480 e segs., München und Berlin, 1910), a segunda parte do § 138 do BGB — que é a que interessa — diz respeito a negócio usurário (Wuchergeschäft). Trata-se, no caso, da usura real.

ceituação daquele, mas preferiu a solução deste. Assim, na linha do Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941 (de cujo artigo 31 deriva o seu artigo 157²⁸), não se preocupa em punir a atitude maliciosa do favorecido — como sucede no direito italiano e no português, e que, por isso mesmo, não deveriam admitir se evitasse a anulação se, modificado o contrato, desaparecesse o defeito —, mas, sim, em proteger o lesado, tanto que, ao contrário do que ocorre com o estado de perigo em que o beneficiário tem de conhecê-lo, na lesão o próprio conhecimento é indiferente para que ela se configure.

Em matéria de erro, inova ele em vários pontos, com relação ao Código de 1916. O artigo 138 adotou o critério da cognoscibilidade do erro pela outra parte, como se verifica no Código italiano (artigo 1.428), seguido nesse ponto pelo Código Civil português de 1967 (artigo 247º). É silente, porém, no tocante à necessidade de o erro, em que incide o declarante, ser escusável, à semelhança do que ocorre com o Código de 1916, que a doutrina, apesar de seu silêncio, entende ser indispensável para a sua caracterização: assim, entre outros, CLÓVIS BEVILÁQUA²⁹, EDUARDO ESPÍNOLA³⁰, ORLANDO GOMES³¹, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA³² e SÍLVIO RODRIGUES³³. Por outro lado, ao enumerar os casos em que há erro substancial, o novo Código, em seu artigo 139, supre omissão do Código de 1916 (o erro que diz respeito à identidade da pessoa a quem se refere a declaração de vontade), e determina que, tanto nesse caso, quanto na hipótese de erro

28 Eis o teor do artigo 31 do Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941: “Artigo 31 — É anulável a declaração pela qual uma pessoa, sob premência de necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcionada ao proveito resultante da prestação oposta.” § 1º — Não se decreta a invalidade do ato, se é oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concorda com a redução do proveito.

29 Teoria Geral do Direito Civil, 4ª ed., § 51, p. 232, Rio de Janeiro, 1972.

30 Sistema do Direito Civil Brasileiro, Parte Geral, vol. II, n. 297, p. 275-6, Rio de Janeiro; e Manual do Código Civil Brasileiro, Parte Geral, Dos Fatos Jurídicos, vol. III, parte primeira, 2ª ed., n. 55, p. 207-8, Rio de Janeiro, 1929.

31 Introdução ao Direito Civil, n. 314, p. 389, Rio de Janeiro.

32 Instituições de Direito Civil, vol. I, n. 89, p. 364, Rio de Janeiro.

33 Dos Defeitos dos Atos Jurídicos, vol. I, 2ª ed., n. 46, p. 94 e segs., São Paulo, s/data.

sobre qualidade essencial dessa mesma pessoa, é mister, para ser substancial, que a falsa identidade ou qualidade essencial tenha influído, de modo relevante, na declaração de vontade. Contempla, também, o mesmo dispositivo, no inciso III, o erro de direito, nos moldes do Código italiano (artigo 1.249, 4). No artigo 140, corrige a impropriedade do artigo 90 do Código de 1916, substituindo *falsa causa* por *falso motivo*; e o artigo 143 é expresso no sentido de que o erro de cálculo apenas autoriza a retificação da declaração da vontade. É de notar-se, finalmente, que o novo Código, na esteira do de 1916, atribui o mesmo efeito (a anulabilidade) ao erro-motivo, não tratando das duas figuras separadamente. Por isso, seu artigo 144 se dirige a ambas as espécies de erro, e não apenas ao erro-obstáculo, à semelhança do disposto no artigo 1.432 (combinado com o artigo 1.433, no particular) do Código Civil italiano. Estabelece ele: “O erro não prejudica a validade do negócio jurídico quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante”.

Manteve o novo Código, no concernente ao dolo, a distinção — acolhida pelo Código de 1916, que, nesse ponto, se afastou do BGB — entre *dolus causam dans* e *dolus incidens*, somente considerando o primeiro como vício da vontade, e, portanto, como capaz de acarretar a anulabilidade do negócio jurídico. Nessa seção, aliás, introduziu poucas alterações, a saber: no que diz respeito ao dolo de terceiro, e na destinação que faz, quanto ao dolo de terceiro, entre representante legal e voluntário. Merece destaque o disposto no artigo 150: “Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização”³⁴.

No que concerne à coação, o novo Código apresenta algumas alterações de relevo, embora, à semelhança do que se verifica no de 1916, não aluda à coação física absoluta (caso de inexistência do negócio jurídico por ausência de vontade), mas discipline apenas a *vis compulsiva*. Não foi adotada a tese de

34 A propósito, no tocante ao Código de 1916, vide Espínola, *ob. cit.*, vol. III, parte primeira, n. 77, p. 309 e 310.

ESPÍNOLA³⁵, que aplaude a orientação do Esboço de TEIXEIRA DE FREITAS — seguida pelo Código Civil argentino —, segundo a qual ambas as espécies de coação, como se dá com as duas modalidades de erro, acarretam a anulabilidade. O novo Código, em seu artigo 151, exige que o dano temido seja iminente e considerável, não mais contendo as expressões finais do artigo 98 do Código de 1916: “igual, pelo menos, ao receável do ato extorquido”. Admite-se, por outro lado, coação, ainda que o dano diga respeito a pessoa que não pertença à família do coato. E se altera substancialmente a disciplina da coação exercida por terceiro. No Código de 1916, a coação, nesse caso, sempre vicia o negócio jurídico. Pelo sistema do novo, o negócio subsiste, se a coação decorrer de terceiro, sem que dela tivesse ou devesse ter conhecimento a parte a quem aproveite, mas o autor da coação responderá por todas as perdas e danos do coato³⁶.

O último dos defeitos de cuja disciplina trata o novo Código é a *fraude contra credores*. Manteve ele a anulabilidade como consequência da fraude contra credores, embora reproduza, no artigo 162, a regra do artigo 110 do Código de 1916, na qual PONTES DE MIRANDA³⁷ identifica hipótese de ineficácia relativa. Algumas inovações são dignas de realce: ampliou-se a legitimação ativa para a propositura da ação pauliana, atribuída que foi, também, aos credores cuja garantia se tornar insuficiente³⁸; e admitiu-se que o adquirente dos bens do devedor insolvente, se o preço for inferior ao corrente, poderá conservá-los, se depositar em juízo o que lhes corresponda ao valor real³⁹.

7. A invalidade do negócio jurídico — Consoante orientação já adotada no Código de 1916, o novo não acolhe a distinção entre anulabilidade e rescindibilidade. No início dos trabalhos da Comissão elaboradora do seu Anteprojeto, manifestou-se um de seus membros — o Prof. COUTO E SILVA — favorável a essa distinção, entendendo que o estado de perigo e a lesão deveriam acarretar,

35 *Ob. cit.*, vol. III, parte primeira, n. 95, p. 373.

36 Artigo 155.

37 Tratado de Direito Privado, vol. IV, 2ª ed., § 496, 3, p. 466.

38 Artigo 158, § 1º.

39 Artigo 160, parágrafo único.

não a anulabilidade do negócio jurídico, mas, sim, sua rescindibilidade. A esse propósito, naquela oportunidade assim me manifestei:

“Finalmente, é de opinião, o Prof. Couto e Silva de que, nos artigos 168 e 169 do Anteprojeto (artigos 156 e 157 do novo Código), relativos ao estado de perigo e à lesão, se deveria mudar a expressão *anulável por rescindível*.

“Não me parece deva ser acolhida a proposta. Aliás, a simples substituição de um termo por outro não bastaria, sendo necessária a inclusão da disciplina da ação rescisória, tal como — por exemplo — se encontra nos Códigos Civis da Itália de 1865 e de 1942, e no Projeto do Código das Obrigações do Prof. Caio Mário da Silva Pereira.

“Sou dos que entendem que não há razão de fundo para que se escolha, em nosso direito, a distinção entre a anulabilidade e a rescindibilidade quanto ao estado de perigo e à lesão. São muito elucidativas estas ponderações de Chironi e Abello (*Trattato de Diritto Civile Italiano*, vol. I, p.498):

‘3º — L’invalidità del negozio dà origine ad un’azione, che è dalla legge detta di *nullità* o di *rescissione*, sebbene questa seconda denominazione sia più specialmente riservata a significare la pretesa d’annullamento che ha causa nel vizio nato de *lesione*. Ma differenza assoluta tra i due termini non v’è, e la legge li ricorda entrambi meglio per ragioni d’ordine storico che per altro, poichè la nullità e la rescissione d’un atto conseguono dall’invalidità sua a ragion d’un vizio che gli era inerente fin dal tempo di sua nascita: [...]’

“Atualmente, os maiores defensores, na Itália, da distinção se limitam, em última análise, a defendê-la com dois argumentos, dos quais um é de natureza substancial, e o outro, de natureza legal:

‘1º) O vício que dá margem à anulabilidade ataca a parte íntima do negócio jurídico, enquanto, em se tratando de rescindibilidade, acentua Barassi (*Teoria della ratifica del Contratto Annulabile*, p. 174, n. 87): ‘Ma pur essendosi sviluppato l’organismo del negozio giuridico, che anatomicamente è perfetto nelle sue parti, motivi speciali che hanno la loro ragion d’essere al *di fuori dell’atto*

e che sorgono simultaneamente coll'irrompere della dichiarazione di volontà nel campo del diritto, ponno dare all'agente, cui que, motivi concernono, um diritto di *rescindere* il negozio giuridico considerando non fatto ciò che fu fatto nei rapporti col coagente'; e

'2º) Os efeitos diversos da anulabilidade e da rescindibilidade estabelecidos no Código Civil'.

"Desses argumentos só é de analisar-se o primeiro, pois o segundo é consequência de se admitir, ou não, a distinção baseada naquele.

"E esse argumento substancial não é exato, para justificar diferença de tratamento. Os próprios civilistas italianos não estão bastante seguros dele, como o demonstram estas palavras de Candian (*Nozioni Istituzionali di Diritto Privato*, p. 481, n. 336):

'Geralmente la rescindibilità non è collocata nel quadro della invalidità; e ciò, più o meno dichiaratamente, perchè non sarebbe determinata da mancanza o vizio di presupposti od elementi costitutivi del negozio. Essa viene pertanto, da taluni autori, asseguata alla categoria delle cause di inefficacia; e da altri, non meno autorevolmente, esclusa da quella inefficacia come da quella della invalidità, e considerata come facente parte a se ateso. A me parrebbe invece che la classificazione qui proposta sia plausibile. A bem guardare, il fatto al quale l'ordinamento consente di reagire con l'azione di rescissione induce una anomalia in alcuno degli elementi costitutivi del negozio: o sotto il profilo della causa, in quanto lo scopo viene, nel concreto caso, raggiunto per via anormale, cioè con necessitata e immoderata sproporzione fra la quantità del dato e quella del ricevuto; oppure sotto il profilo della volontà, in quanto è turbato, al di là del limite tollerato dall'ordinamento, il processo della formazione autonoma dell'atto di volontà da parte del soggetto iugulato; oppure, più probabilmente, sotto il profilo della combinata anomalia dell'uno e dell'altro elemento'.

"E Messineo — ardoroso defensor da distinção —, para distinguir os vícios de que resulta a rescisão dos vícios da vontade, tem de apelar, no final das contas, para os termos do Código Civil italiano, e, não, para diferença de substância:

'C) Non si può concepire la rescissione neppure come vizio della volontà di una parte (violenza), sebbene il pericolo o il

bisogno abbiano agito da motivo determinante e l'origine lontana (artigo 1.674 segg. Cód. Francese) del rimedio in questione deponga per tale concezione (59). La rescissione non era un vizio della volontà già nel codire italiano abrogato (art. 1529 segg.), perchè era legata non ad alcun presupposto del genere, sibbene alla sproporzione fra le prestazioni. Non può esser vizio oggi, ancorchè una delle figure di rescissione sia legata all'influenza, che, sull'animo del contraente, ha esercitato lo stato di pericolo (1447) e, nell'altra figura, incida lo stato di bisogno.

'Secondo si è notato (*retro*, Capitolo II, n. 19), neppure nel nuovo código, è violenza in senso técnico, il timore — il quale non sia provocato da una persona (minaccia) — del pericolo attuale di un danno grave, nè è violenza il fatto di dover soggiacere a una necessità, che stimoli a concludere um contratto (60)' (*Dottrina Generale dei Contratto*, p. 464).

"Por outro lado, estabelecendo o Código Civil brasileiro atual — princípio que foi mantido no Anteprojeto — que a fraude contra credores é vício que acarreta a anulabilidade, seria incoerente considerar a lesão e o estado de perigo — vícios da manifestação de vontade que se aproximam do dolo e da coação — causas de rescindibilidade.

"Preferi, portanto, não introduzir no nosso direito essa distinção, que surgiu na França por motivos históricos e em termos diversos dos atuais, que desapareceu depois da revolução francesa quando esses motivos feneceram, e que ressurgiu no Código Napoleão, passando daí a outros Códigos. Por isso, reconhece Messineo (*Dottrina Generale del Contrato*, p. 465), que 'storicamente il rimedio della rescissione e quello dell'annullamento sono vicini; anzi in certo momento, sono stati insieme fusi', e, em nota, esclarece:

'Il termine *rescissione* e la corrispondente figura giuridica derivano a noi dal diritto consuetudinario francese, dove le azioni dette di *reseissione* (per dolo, violenza, o lesione), erano distinte dalle azioni di annullamento. Le prime, essendo fondate su *tes ti* romano, non potevano aver corso nei paesi di diritto *coutumier*, senza che il sovrano, all'uopo richiesto, rilasciasse speciali autorizzazioni (che erano dette appunto *lettres de rescission*!), a mesão

deita cancelleria del Parlamento e chá avevano forza rescissoria in ordine al contratto. La Rivoluzione, abolendo te cancellerie del Paramenta ha abolito de lettere regie di rescissione ed è venuta cosi a *unificará*, indirettamente, *il rimedio dell'annullamento con quello della rescissione*.

[...]

‘Non vi è dubbio, quindi, che la rescindibilità, Á, storicamente, una sottospecie di invalidità, per quanto non identificabile con la nullità; tuttavia non è lontana — negli effetti — doll’annullabilità (per un’assimilazione da un certo punto di vista: 1.757 terzo comma)’.

“A orientação por mim adotada encontra precedente, no nosso país, no *Anteprojeto de Código de Obrigações* de Orosimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães, onde, no artigo 31, se lê:

‘Artigo 31 — É anulável a declaração pela qual uma pessoa, sob premência de necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcionada ao proveito resultante da prestação oposta.

‘§ 1º — Não se decreta a invalidade do ato se é oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concorda com a redução do proveito.

‘§ 2º — Aprecia-se a desproporção ao tempo em que se realizou o ato’.

“E o Prof. Caio Mário da Silva Pereira, no *Anteprojeto de Código de Obrigações* (o que foi mantido no Projeto revisto), depois de estabelecer no artigo 75 (relacionado com a lesão e o estado de perigo) que

‘A declaração de vontade portadora de alguns dos defeitos mencionados nos artigos 62 e 64 poderá ser *rescindida* a pedido do prejudicado, *até dois anos da data de sua emissão*’.

‘Ao tratar da prescrição e da decadência, dispõe no artigo 198, § 3º:

‘Artigo 298. Prescreve:

[...]

‘§ 3º — Em três anos:

[...]

‘II — O direito de invalidar os negócios jurídicos, nos casos em seguida indicados, contado o prazo:

[...]

‘b) no de erro, dolo, lesão ou estado de perigo, no dia em que se realizou o ato’”.

Duas são as gradações de invalidade a que alude o novo Código: a nulidade e a anulabilidade.

Os casos de nulidade estão discriminados nos artigos 166 e 167. O inciso III do artigo 166 (“quando o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito”) é preceito novo; dá-se relevância jurídica, nesse caso, ao motivo. Também não consta do Código de 1916 o preceito do artigo 166, VI, do Projeto, o qual reza: “Quando tiver por objetivo fraudar lei imperativa”. Trata-se de negócio *in fraudem legis*, a respeito de cuja sanção há três posições defensáveis: a) o ato em fraude à lei é ineficaz, e, portanto, inoponível ao terceiro prejudicado; b) a ele se deve cominar a mesma sanção que a lei burlada pela fraude impõe ao ato que a viola frontalmente; c) o ato fraudulento é nulo. O novo Código adotou a terceira dessas soluções, e que — como salienta ALVINO LIMA⁴⁰ — é a dominante. Ao disciplinar a simulação, no artigo 167, apartou-se o novo Código inteiramente do sistema observado pelo de 1916. A simulação, seja a relativa, seja a absoluta, acarreta a nulidade do negócio simulado. Se relativa, subsistirá o negócio dissimulado, se válido for na substância e na forma. Não mais se distingue a simulação inocente da fraudulenta; ambas conduzem ao mesmo resultado: nulidade do negócio simulado, e subsistência do dissimulado, se for o caso. Essa, aliás, a consequência —

40 A fraude no Direito Civil, p. 314, São Paulo, 1965.

segundo a melhor doutrina⁴¹ — que resulta do artigo 103 do Código de 1916, que não considera defeito a simulação inocente. Enfim, o novo Código, ressaltando os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado admite, como decorrência mesma da nulidade, que a simulação possa ser invocada pelos simuladores em litígio de um contra o outro, ao contrário do que reza o artigo 104 da Codificação de 1916.

Ainda com relação à nulidade, o artigo 169 — que também é novo — explicita que o negócio jurídico nulo não é susceptível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo, mas admite-se sua conversão (o Código de 1916 é omissos a respeito) *ex vi* do artigo 170, que preceitua: “Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”.

No tocante à anulabilidade, as diferenças entre sua disciplina no Código novo e no de 1916 são, em geral, de somenos importância. Para atender à melhor técnica, substitui-se o termo *ratificação* por *confirmação*⁴². Num ponto, porém, a divergência é capital: no Código de 1916, os prazos para a anulação do negócio

41 A esse respeito, escreve Espínola (*ob. cit.*, vol. III, parte primeira, n. 127, p. 470 e 471): “A única interpretação plausível do artigo 103, tendo em vista o histórico de sua elaboração e os princípios universais do direito, é a seguinte: “A lei não condena o emprego da simulação, em qualquer das hipóteses e por qualquer dos processos de que fala o artigo 102, ‘se não houve intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei’. “Daí, necessariamente, as seguintes consequências: “1ª — Existe uma simulação que as partes podem empregar, porque a lei a não condena; é a simulação inocente, isto é, que se não propõe a fins fraudulentos. “2ª — Uma vez que a simulação inocente é admitida por lei, não se pode recusar às partes o direito de demonstrar que a empregaram na constituição de determinado ato jurídico. “3ª — Demonstrado que houve simulação inocente, segue-se irrefragavelmente que o ato simulado, que as partes só na aparência quiseram, se anula, se considera inexistente. “4ª — Anulado o ato simulado, ou nenhuma relação subsiste entre as partes, porque efetivamente nenhum negócio quiseram formar (simulação absoluta); ou subsistem as relações decorrentes do ato dissimulado, isto é, daquele ato que elas realmente quiseram constituir, ocultando-o sob a aparência do ato simulado (simulação relativa). [...]”

42 Artigo 169.

jurídico são de prescrição; no novo Código — como declara expressamente o artigo 178 —, são de decadência⁴³.

43 Nesse sentido, também, o artigo 179, que reza: “Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de 2 (dois) anos, a contar da data da conclusão do ato”.